

刑事判例研究(二)

中京大学刑事判例研究会

被害者の承諾

再審請求棄却決定に対する即時抗告棄却決定に対する特別抗告事件、最高裁昭和五五年(レ)第九一号、昭和五五年十一月三日第二小法廷決定、上告棄却、刑集三四卷六号三九六頁、判例時報九九一号五三頁。

△事実の概要▽

昭和四七年一月一七日、申立人Xは、A・B・Cと共謀の上、X運転の軽乗用車が、B運転でA・C同乗の普通貨物自動車(ライトバン)に故意に追突させ(出来得れば、一層本物の事故に見せかけるため、両車間に他人の車を入れた玉突き事故にして)、これをXの過失により生じた交通事故であるかの如く偽装して保険金の詐取を企て、同時に身障者Aに入院治療の機会を得させようと企て、同日午後六時半過頃、予定通り二台

の自動車に分乗出発し、岡山県津山市津山口五一番地先境橋南交差点にさしかかった際、赤信号でB運転の自動車が停止し、続いてD(第三者)運転の軽自動車その後Xの自動車が相次いで停止したが、Xはとっさに同所において前記共謀にかかる交通事故を惹起させようと考え、直ちに自車を発進させてD(第三者)の自動車後部に追突させ、その勢いで同車を前方に押出して、B運転の自動車後部に追突させ、よってD(第三者)に入院加療二ヶ月、Aに対して加療三ヶ月、BおよびCに対して加療三週間の各々の傷害を負わせたとして岡山地方裁判所津山支部は、Xに対して業務上過失傷害罪を認定し、禁錮八月、執行猶予三年の判決を言い渡した。⁽¹⁾その後、真相が明白となり、保険金詐取目的による偽装交通事故であることが判明し、XとA・B・Cに対し詐欺罪の有罪判決があった。これに対し、Xは、前述の交通事故が保険金詐取を目的とした故意の追突によるものであるから、A・B・Cに対しては、過失傷害

罪は成立せず、また受傷については、極めて軽微（暴行程度）であり、被害者の同意がある以上傷害罪は成立しないとし、さらに第三者Dの受傷については、Xにおいて傷害の意志を欠き、単なる過失傷害であり、刑法四三五六条六号の「原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき」場合にあたるとして再審を申立てたのである。

Xが申立てた即時抗告に対し、広島高裁はこれを棄却した。この即時抗告棄却決定に対してXが最高裁判所に対して申立てた特別抗告に最高裁第二小法廷は、右申立ては刑事訴訟法四三三条の抗告理由に該当しないとして特別抗告を棄却したのが本決定である。本決定の内でも特に、違法性阻却事由として近年問題となっている「被害者の承諾」については、「なお書き」の部分において以下の如く判示をしている。

△決定要旨▽

(一)「被害者が身体傷害を承諾したばあいには傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものである」

(二)「過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するため

に得られた違法なものであって、これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である。」

△評 釈▽

一 序 論

本決定については、既に幾多の評釈・解説が存在するが、本決定のもつ現代的意義は今だ薄れておらず、傷害罪と被害者の承諾の領域に限定されない、より広範な領域——違法性論、構成要件論——に影響するものであるが故に、今一度、違法性論における行為無価値、結果無価値ならびに構成要件の機能との関連性を把握し直す必要性があるものと思われる。

社会生活関係の複雑化・多岐化した現代社会においては、様々な個人的価値観が発生育成し、これに伴ない歴史的社会的存在としての一義的な道德観、社会通念というものが曖昧不明確化し、その拘束力・通用力がおとろえるという結果となったといえるのである。

このような現実社会の状況の下で、「被害者の承諾」は、今後益々その問題性を深化させていくものといえよう。それ故に、この超法規的な違法性阻却事由として存在する「被害者の承諾」の本質を如何なるものとして把握し、如何なる形態で運用してゆくかは重大な問題であり、その点で本決定は重要な意義を有するものである。以下では、まず「被害者の承諾」についてその本質を考察し、さらに「被害者の承諾」に関する諸学

説を検討し、判例の方向性のあるべき姿を本判例の分析を通して模索するものである。

二 被害者の承諾の本質

「被害者の承諾」が、行為の違法性を阻却する根拠を、利益放棄説⁽³⁾ (Interessenpreisgabetheorie) の如く、利益自体の放棄とみなすか、それとも法益(利益)は客観的に存在するものであり、個人の主観にもとづいては放棄できないものと考え、利益そのものではなく、利益(法益)に対する法的保護の必要性が欠如すると解す法的保護放棄説⁽⁴⁾ (Rechtschutzvernichtstheorie) とみなすかの問題は、「被害者の承諾」の可否のみならず、その許容範囲についても大きな影響を及ぼす重大な問題である。

判例は、「被害者の承諾」として当該同意を認定し、犯罪を阻却させるか否かの判断において、被害者の同意能力ならびに同意意思の瑕疵を極めて重大な問題として扱っていることから利益放棄説を採用しているものと思われる。また、理論的にも、刑法典は法益を、その保持者の利益のために保護することを目的として存在するのであるから、法益と法益処分権とに分離して、被害者自らが利益(法益)を放棄しているのに、なお法益の保護の必要性を説くとすれば——それが複数の法益の存在を前提としない限りは——超個人主義的な法益の理解⁽⁵⁾ もしくはノルの如く法益から全く分離した処分権の意義付けが必要と

なり、妥当性を欠くことになる。それ故に、構成要件該当性判断においては、構成要件の類型性から多元的価値についての判断は馴染まず、単純に法益侵害が存在するか否かが問題となるため、法的保護放棄説よりも、むしろ原則的には利益放棄説を採用すべきことになる。しかしながら、ゲールズによれば、構成要件阻却の同意は、被害者の同意のないこと、すなわち被害者の意思に反することが構成要件の内容として明示的もしくは黙示的に取り込まれている場合である。そのことは、逆に、被害者の同意の有無が法益侵害性に影響を与えていることを表わしているといえよう。すなわち、客観的事実的判断としての法益侵害の有無は、結果無価値的に客観的に確定すべきであるが、このことは法益自体と法益処分権との一応の分離を前提としているといえよう。このように刑法的保護の対象を客観的概念たる法益として把握する場合には、必然的に法益と法益処分権とは分離視せざるを得ないといえよう。⁽⁸⁾ もし被害者の意思に反しないことを独立した利益としてではなく、法益概念に取り込む時には、刑法の保護対象は主観的(心理的)利益とならざるを得ず、妥当性を欠くものといえよう。

前述の如く、本来「被害者の承諾」については、利益放棄説が妥当とみられるが、それは法益侵害の有無を問題とする構成要件段階においてまず「被害者の承諾」を把握する場合について言えることである。

もともと構成要件は違法行為類型であり、結果無価値的にこ

れを理解する時、利益が欠如するとして構成要件該当性なしとする理解が明確であろう。しかし、「利益」概念に主観的心理的要素の導入を嫌う結果無価値論では、法益侵害性の問題と法益処分権の問題とは一応分離される法的保護放棄説に接近することになる。

三 構成要件阻却の同意と違法阻却の同意

(1) 構成要件阻却の同意

構成要件阻却の同意 (Einverständnis) は、被害者の承諾が構成要件不該当原由として機能する場合である。そこでは、構成要件が形式的違法類型であることから、被害者の承諾を刑罰構成要件が明示的もしくはその性質上前提としている時に限り機能が可能である。構成要件が明示的に「承諾」を要求している場合としては、同意殺人罪、同意堕胎罪がある。また、構成要件に「黙示的」に承諾が包摂されている場合については、強姦罪、強制猥褻罪、強盗罪、住居侵入罪、信書開披罪などの構成要件から当然に行為が被害者の意思に反して行なわれることが読み取れるものがある。さらに、これらの他に、窃盗罪、横領罪、傷害罪などにまで黙示の「被害者の承諾」を拡張する学説⁽¹⁰⁾も存在する。たしかに、個人的法益については、法益の処分権者(直接の被害者)と法益の保持者とが、大部分の犯罪類型において一致するため、利益放棄説に立って「被害者の承諾」を把握するのが妥当⁽¹¹⁾といえよう。すなわち、個人的法益につい

ては、当該対象の法益性の存否にとって法益の担い手の意思が決定的意味をもつのである。その結果、違法性の本質を法益侵害と解する立場では、承諾により法益が放棄され、法益不存在となるため、結果無価値性そのものが欠如することになるのである。このような利益(法益)不存在により、本来、違法類型である構成要件への該当性そのものを欠くと解するのが妥当と思われる。このことは、構成要件が違法類型であり、形式的事実的判断にのみ馴染みやすいことと、利益放棄説が、承諾は一種の事実行為と把握することとが符合することからも支持できるのである。

しかしながら、利益放棄説に立って、自由と財産を法益とする構成要件一般にまで被害者の承諾を拡大適用する時には、行為客体の担い手と保護客体の担い手とが全く異なり、種々の利益が存在する場合についてまで構成要件段階での判断とされるようになり、本来、単純に法益侵害の有無を判断すべき構成要件に、利益衡量論を持ち込むことになりかねない。このことは、構成要件の実質化をはかる結果となり、本来記述的であるべき構成要件により多大な価値機能を持たせるが故に妥当性を欠くといえよう。それは、宮野教授が「Einverständnisは、行為を構成要件的性格のものから非構成要件的性格のものに変質させる機能を有するのである。それは、違法性阻却を問題にする Einwilligung と異なって『量』の問題は入ってこないで、もっぱら『質』の面が論点をなす。つまり、犯罪的性質

のものをそうでない性質のものに導く働きをするのであり、犯罪の形をとるかとはらないかの有無のみが問われ、その程度なし強弱といった中味の事柄は、つぎの段階での論議の対象に属する。」とされていることに合致する。

(2) 違法阻却的同意

違法阻却的同意 (Einwilligung) は、被害者が脅威を受けた法益の法による保護を放棄する結果として、規範が後退する場合である。⁽¹⁴⁾ ここでは、構成要件阻却的承諾が、結果無価値的観点から、法益侵害性そのものがなくなる利益欠缺の場合であり、単純に法益侵害性の有無のみを問題とすればよいのに対して、法益の保持者と法益の処分権者とが必ずしも一致せず（法益の処分権者の数だけ法益が存在すると考えられよう）、種々の利益が衝突している場合なのである。それ故に、「被害者の承諾」は、法益侵害の存在そのものには何ら影響を与えるものではなく、⁽¹⁵⁾ 法律上の保護の放棄 (Verzicht auf den Rechtsschutz) を意味するものである。そして法益保持者のひとりの承諾により行為の違法性が減少するのであり、その減少の量的程度によっては、法益への侵害性そのものをはや問題視する必要がなくなる、すなわち可罰的違法性が存在しないものとなるのである。

以上のように、違法阻却的同意を把握してゆくことで、法的保護放棄説に対する批判、すなわち、一個人の承諾により、何

故に国家による公的な保護義務を失わせ、刑罰による保護が脱落するのか、につき解答が可能となる。ここでは、刑罰による保護対象たる法益がそもそも当該承諾者のみのものではなく、複数の保持者（例えば、国家・社会等）を予定しているがために当該承諾のみでは法益の欠缺はもたらせず、ただ当該承諾によって法益保護の必要性そのものが減少し、そのことが結果無価値的に考慮される時、可罰的違法性そのものが存在しなくなる場合もありうるのである。

「被害者の承諾」の存在により、違法性が減弱され、それが法益侵害性に影響を与えることにより可罰的違法性が阻却されるところの場合に、⁽¹⁶⁾ 「被害者の承諾」をいかなる形式で把握するか、すなわち結果無価値 (Erfolgsunwert) か行為無価値 (Handlungsunwert) か、が問題となる。

(3) 違法阻却的同意の本質

ヴェルツェルは、「被害者の承諾」をまず構成要件段階において問題とした後、違法段階においては、単に正当化事由としてのみ問題となし、原則として同意と行為の双方ともが良俗に反しない時に、処分権を有する者の同意にもとづいて他人の法益を侵害した者の行為を違法でないものとするのである。⁽¹⁷⁾ さらにヴェルツェルは、同意の主体は保護法益の担い手だけであるとして、同時に公益が保護されるような場合には、個々の被害者の承諾は何ら効力をもたないとしている。すなわち、法益が

複数存在する場合には、單純に利益不存在とはできないのである。このようなヴェルツェルの理論的特徴は、まさしく違法論における「社会的相当性」(soziale Adäquanz)にあるといえる⁽¹⁸⁾。社会的相当性の重視は、行為無価値を重視する立場では一般的といえるが、はたしてこの社会的相当性概念そのものが、刑法理論上妥当なものかについては、問題があるといえよう。すなわち、社会的相当性概念自体、H・マイヤーの批判の如く曖昧性に充ちたものであり、それはまた「一般条項への逃避」そのものであって、まさしく問をもって答えとなす循環論にほかならないのである⁽²⁰⁾。もともと社会倫理とは相対的であり、その曖昧性は宿命的なものなのである。それ故に、異なった価値観に対しては、社会は寛容でなくてはならないし、また刑罰は社会倫理維持の機能を副次的なものとしてしか持たないのである。特に、個人の身体・自由・財産が承諾の客体として存在する場合には、社会的相当性判断の導入は、個人生活への過度の干渉となるとともに、個々の生活利益の保護を目的とする刑法の任務にさえ違背することになりかねないのである。このことは、承諾につき行為が社会的相当性の範囲内にある限り違法ではないとする説のみならず、公序良俗もしくは善良の風俗に反しない限度で、承諾が違法性を阻却するとする説にも同様⁽²²⁾にあるのである。そしてついには、「社会的相当性」説を採用する論者をして、社会倫理秩序は、歴史的に形成されるため、決して固定的ではなく、時代とともに流動する動的・発展

的性格を担うものであり、正確な認識は困難であると語らしめて、社会的相当性が漠然とした内容の抽象概念であることを認容せざるをえなくさせるのである。さらには、西原教授の如く、いわゆる「社会的相当行為の行為定型」というものがそもそも可能であろうかと疑問視する見解も存在するのである。⁽²⁵⁾ 以上の如く、「社会的相当性」論は妥当性を欠くものであるが、これに代わる結果無価値論を支持する考え方として以下のようなものがある。それは社会的相当性の機能を、全く逆の発想にもとづき、結果無価値論から「被害者の承諾」に還元してゆこうとするものである。すなわち、生田教授が「行為無価値論からする第二(社会的相当性)のばあいには、結果無価値論からしても被害者の同意や法益衝突によって、侵害された利益の法益性が喪失するばあいである」と主張され、また内田(文)教授も「社会的相当性」は、被害者の承諾ならびに優越的利益の保護、「正当目的の正当手段」に貼られたレッテルにすぎないとされる。さらに平野博士は「ボクシングやすもうの場合も、相手方の同意が大きな要素となっている。このように業務としてなされる行為であっても、実は、同意という実質的な要素によつてはじめて正当化される場合が多い」と述べられている。⁽²⁶⁾ 以上のほかに、アメリカ法律協会模範刑法典二・一条(2)bは「その行為ならびに侵害が、合法的な運動競技又は試合に共同して参加することにより通常予見できる危険である場合」には被害者の承諾により抗弁が認められると規定している。また

G・ウィリアムズによると、フットボールやボクシングのようなゲームでは、ルールに従った適度な有形力の行使は、黙示の被害者の同意により有効なものとして⁽²⁹⁾いる。

結果無価値を中心に、刑法の機能は法益保護にあると考えれば、違法阻却を考える場合には、法益の衡量が基本となる。そして法益衡量については、憲法をはじめ実定法を手掛りとする価値規準、法定刑の大小を手掛りとする価値規準等により、微視的な法益だけでなく、巨視的な法益をも衡量に取り込んだ上で、絶対的ではないとしても相当程度までは、法益の価値の高低を測り、違法性の「量」の判断を可能なものにするのである。そこでは、行為無価値は、結果無価値を惹起する危険があるからこそ無価値とされるのであって、実は先取りされた結果無価値といえるのである⁽³²⁾。それ故に、行為の方法・態様が法益侵害の危険性つまりは結果無価値に置き換える限度でのみ、違法性判断に取り込むことができるのである。そして以上の如き結果無価値論に立って、「被害者の承諾」を把握する時には、法益衡量の上に同意の結果として優越的利益が保護された場合には、法益侵害は存在せず違法性も阻却されるとする⁽³³⁾か、あるいは法益衡量の結果、原則として同意により違法性は阻却されるが、侵害程度の重大性によっては、違法となるとする見解となる⁽³⁴⁾。

四 判例の検討

被害者の承諾は、各種の犯罪類型において、各々の犯罪の性質により様々な現われかたをしている。判例上、「被害者の承諾」が問題とされた主たる犯罪類型としては、殺人、強姦、強盗、強姦、逮捕監禁、暴行・傷害、住居侵入、財産犯などがあげられる。そこでは、単純に利益欠缺が問題となるのではなく、各種の法益の衡量を前提として、当該処分権者の法益侵害・危殆が、犯罪の重要な違法部分を占めるのか、あるいは他の法益侵害の方が重要となるのが問題となっている。例えば、誘拐罪に関する福岡高判昭和三十一年四月一日(裁特三卷八巻四〇九頁)のように、被拐取者の承諾が監督権の侵害までも正当化しないため、被拐取者の承諾があっても未成年者誘拐罪が成立するとしている。

このように判例は、被害者の承諾につき違法性を阻却させる場合については、法益衡量による優越的利益の保護を前提としている。このことは、本件判例において問題となった傷害行為に対する被害者の承諾についても同様である。傷害罪における被害者の承諾が違法性阻却の問題であったのは最判昭和二十五年十一月一六日(最高裁判集三六号四五頁)の判例である。この判決では、「被害者の承諾」を結果無価値に把握するか、行為無価値的に把握するかについては不明である。

一方、下級審判例においては、まず大阪高判昭和二十九年七月

一四日（高裁特報一巻四号一三三頁）が、行為無価値性を問題にせず、承諾がある以上暴行罪としての違法性を阻却するから、傷害致死罪にはならず、過失犯の成否の問題があるにすぎないとしている。さらに東京地判昭和五二年六月八日（判例時報八七四号一〇三頁）では、性交の際、相手男性の承諾のもとにナイロン・ベルトで首を絞め続けた結果窒息死させたものであるが、ここでは暴行行為のうち生命侵害の高度の危険性のあるものについては、承諾があっても違法性が阻却されないとしており、結果無価値的理論構成を明確に打ち出している。同様に、大阪地判昭和五二年二月二六日（判例時報八九三号一〇四頁）では、サド・マゾ的行為の際に覚醒剤を使用したうえ、全裸の妻の前頸部から後ろ手にかけてロープで強く緊縛し、アイスピック等で長時間加虐的行為をしているうちに急性窒息死させたものであり、有形力の行使が相手方の生命の危険や身体の重大な損傷の危険を包含している場合には、囑託・承諾があっても違法性を阻却しないとしている。ここでは、侵害程度の重大性を問題とする平野博士の結果無価値論に近い立場をとっている。このような判例傾向に対して、大阪高判昭和四〇年六月七日（下級刑集七巻六号二六六頁）や東京高判昭和五二年一月二九日（東高判時報二七巻一一号一四三頁）は行為者あるいは行為の反良俗性や社会的相当性を問題としている。

以上のように下級審の判例は、「被害者の承諾」について結果無価値的にもまた行為無価値的にも把握しており、流動的で

あり、⁽⁸⁵⁾このような状況下での本判決の意義は大きいものといえよう。

本判決は、まず傷害行為に対する被害者の承諾を違法阻却事由として把握している。そして、被害者の承諾が違法性を阻却する場合につき、単に承諾が存在するという事実だけではなく、承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情に照らし合せて決すべきものとして、結果的には、犯罪目的と動機とする傷害行為への承諾については、違法性を阻却しないと結論している。しかしながら、犯罪目的にもとづく承諾につき違法性を阻却しないとする場合には、判例上問題となっている「被害者の承諾」の大半が意味なきものとなる虞れをもっているといえよう。それ故に、本件判決の掲げる具体的基準はすべて、行為の社会的相当性を判断する指標にすぎないと考えることも可能であろう。その際、既に検討してきたような行為無価値論の欠陥につき十分な方策を立てねば社会的相当性概念は機能しないものとなるであろう。これに対しては、本判決は違法評価における総合的立場をとって結果無価値と行為無価値の両者を考慮していると解する説がある。⁽⁸⁷⁾この考え方は、一見、判旨の文言に忠実のように思えるが、⁽⁸⁸⁾実際には軽微な傷害でも時に違法とされる場合も十分ありうるように、如何なる形式で如何なる程度に結果無価値と行為無価値を取り込むのか、あるいは一方の概念を基礎に他方を取り込むのが全く不明なだけに、問題があるといえよう。

このようにして検討してみると、「被害者の承諾」は、結果無価値論にもとづく利益欠缺が、その基本原理であり、違法段階においては、法益の衝突にもとづく利益衡量を前提に、違法性が減弱し、可罰的違法性が存在しなくなった場合にはじめて犯罪不成立とされると解されることから、本件判決も結果無価値的に把握すべきではないかと思われる。すなわち、判旨の掲げる具体的基準のうち、「損傷の部位、程度」は、全くの結果無価値的基準であり、「目的、身体傷害の手段、方法」については、法益侵害の危険性として十分に把握可能である。その結果として行為無価値的基準として残る唯一のものは、「動機」である。そして、本件判決では、承諾に違法阻却を認めない理由としてこの「動機」が使用されているのである。このことから、そしてまた判決が、これら具体的基準の序列、優劣関係につき何ら語っていないことから、被害者の承諾につき積極的な態度をとるとするならば、むしろ結果無価値的立場を採用すべきものであるのだが、「被害者の承諾」に否定的態度をとろうとした為に、「動機」を基準の一つに採用したといえよう。

以上より、「被害者の承諾」の判例については、今後もおお変遷し続け、やがてはその理論的妥当性から結果無価値的な方向へと定着してゆくものと思われる。

〔注〕

- (1) 詳細は、広島高裁岡山支部昭和五五年(一)号昭和五五年六月二五日決定書三頁以下参照。
- (2) もっとも、この再審申立には、さらに第三者Dに対する傷害罪が成立するとしても、不利益変更の禁止から原判決より罪責を増大させる方向での訴因の追加変更は許されないものであるからその余の被害者に対する業務上過失傷害罪が無罪となる以上、明らかに被告人に有利となり再審請求の理由も、利益もあると付加している。この指摘は、刑訴法四〇二・四一四条の不利益変更禁止の原則に関する問題提起を含んでいるといえよう。
- (3) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 197ff.
- (4) ドイツにおいては、この説が多数説であるといえよう。Greebs, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA. 1954, S. 263; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 95.
- (5) 同旨、町野朔「被害者の承諾」『判例刑法研究2』（昭和五六年）一六九頁。
- (6) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW. 77, 1965, S. 16f.
- (7) Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA. 1954, S. 264f.
- (8) メッガーは、ケスラーの利益概念を批判して、保護客体としての利益は、一般的平均的利益 (generelles Durchschnittsinteresse) であるとす。それ故に、法益処分権

- を包摂した形での法益概念の把握は不可能となる。Mezger, a. a. O. S. 197-205.
- (6) Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884, S. 50ff. 以下は「利益」そのものの把握が心理的または意思的になされている。
- (10) 佐伯千仞『四訂刑法義義(総論)』(昭和五六年)二一九頁。さらに内田教授や平野博士は、被害者の承諾を構成要件自体が予定しているものとして自由・財産を法益としている構成要件一般にまで拡大化されている(内田文昭『刑法I(総論)』昭和五二年一四五頁。平野龍一『刑法総論I』昭和四七年二四九頁)。
- (11) Vgl. Mezger, a. a. O. S. 214.
- (12) Vgl. Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 13ff.
- (13) 宮野彬「被害者の承諾」中山他編『現代刑法議座二卷』(昭和五四年)二五頁。
- (14) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., 1971, S. 338.
- (15) Vgl. Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., 1976, S. 123.
- (16) 本来、法的保護放棄説では、被害者の承諾は、法益の存否には何ら影響を与えるものではないが故に、法律上の保護という全く別個の概念をもって正当化事由となすのである。そこでは、結果無価値性が既に存在する行為につき、行為無価値性が否定されるが故に正当化されると理由付けることを予定しており、「被害者の承諾」も行為無価値論により説明されることになる。
- (17) Welzel, a. a. O. S. 95.
- (18) ドイツ刑法二二六条aの考え方もこれと一致している。但し、代案一二条一項に注意。
- (19) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, S. 108.
- (20) 佐伯・前掲(10)書二一七頁。
- (21) 平野・前掲(10)書四四頁。
- (22) 木村亀二『刑法総論(増補版)』(昭和五二年)二八五頁。団藤重光『刑法綱要総論・改訂版』(昭和五四年)二〇四頁。大塚仁『刑法概説(総論)』(昭和五〇年)二四四頁。福田平『全訂・刑法総論』(昭和五九年)一六六頁。藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)一九三頁。
- (23) 青柳文雄『刑法通論I(総論)』(昭和四〇年)一八六頁。江家義男『刑法総論』(昭和二七年)一九三頁などで、ヴェルツェルの社会的相当性論以前の見解である。
- (24) 福田・前掲(22)書一三五頁。
- (25) 西原春夫「構成要件の価値的性格—犯罪論における定型思考の限界・その二—」早稲田法学四一巻一号一七四—五頁。
- (26) 生田勝義「可罰的違法性と社会的相当性」中山他編『現代刑法講座二卷』三六頁。
- (27) 内田文昭『刑法I(総論)』(昭和五二年)一八〇—一頁。
- (28) 平野龍一『刑法概説』(昭和五二年)六一頁。
- (29) Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, 1978, p. 504, 537.
- (30) 内田・前掲(27)書一九三頁では、スポーツ競技では「当事者間の承諾」が問題となるが、それは「ルール」となって具体化しているとされている。

- (31) 平野・前掲(10) 書一九七頁。
- (32) 佐伯・前掲(10) 書一七五頁。
- (33) 内田・前掲(27) 書一七九頁。曾根威彦『刑法における正当化の理論』(昭和五年) 一四九頁。
- (34) 平野・前掲(10) 書二五四頁。中山研一『刑法総論』(昭和五年) 三二三頁。
- (35) 夏目教授がこうした判例の流れを行為無価値的に把握し、町野教授が全く対照的に結果無価値的に把握している現状もこのような状況にもとづくものといえよう(夏目文雄「被害者の承諾と傷害罪の成否」愛大法経論集九七号七頁以下、町野朔「被害者の承諾」『判例刑法研究2』〔昭和五六年〕一六五頁以下)。
- (36) 神崎武法「被害者の承諾と傷害罪の成否」研修三九二号七六頁。
- (37) 古田佑紀「被害者の承諾と傷害罪の成否」法律のひろば三四卷三号一五一頁。
- (38) 土本武司「被害者の承諾」警察研究五二卷五号二四頁。
- (39) 町野・前掲(35) 書一七〇頁参照。
- (40) 拙稿「可罰的違法性論に関する一考察」中京大学大学院生法学研究論集二二号一頁以下参照。

(三 枝 有)